

Vagner Felipe Kühn*

Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

Universidad de Girona (Girona, España)

vagnerfelipekuhn@gmail.com

El pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. y el Derecho como Sistema Social de Niklas Luhmann: un encuentro histórico**

*The legal pragmatism of Oliver Wendell Holmes Jr.
and the Law as social system of Niklas Luhmann:
a historical meeting*

*O pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. E
o Direito como sistema social de Niklas Luhmann: um
encontro histórico*

Artículo de investigación: recibido 05/07/2017 y aprobado 05/09/2017

* Maestro en derecho en la Universidad Paranaense (UNIPAR). Profesor Invitado en los cursos de posgrado de la Universidad de Chapecó (UNOCHAPECO), de la Universidad Paranaense (UNIPAR) y en la Faculdade de Pato Branco (FADEP). Estudiante en el curso de doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y estudiante de maestría en Cultura Jurídica en la Universidad de Girona. Miembro de la Red de Investigadores Parlamentarios en Línea (REDIPAL). Abogado en Brasil. Idealizador del Instituto Preceptor Kühn – IPK: <https://www.preceptorkuhn.com.br/>.

** La temática de esta ponencia fue objeto de presentación del autor en el Seminario Permanente del Máster en Cultura Jurídica 2017 de la Universidad de Girona y es el resultado de estudios desarrollados junto al Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. La presentación tuvo lugar el 07/03/2017 y está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://hdl.handle.net/10256.1/4651>. ORCID: 0000-0003-4259-4591.

Resumen

Oliver W. Holmes Jr. y Niklas Luhmann presentan una relevante proximidad teórica y semejanzas en sus trayectorias de vida. Establecer las razones de la no referencia al pragmatismo jurídico en la obra del autor alemán y los elementos de contacto de perspectivas teóricas aparentemente tan disociadas son el objeto de esta investigación. Propuesta esta que pretende promover un encuentro histórico de dos teóricos con importancia indiscutible para la filosofía y la sociología jurídica del Siglo XX.

Palabras clave: Oliver Wendell Holmes Jr.; Niklas Luhmann; Pragmatismo jurídico; Derecho como Sistema Social; Historia del Derecho.

Abstract

Oliver W. Holmes Jr. and Niklas Luhmann present a relevant theoretical proximity and similarities in their life trajectories. To establish the reasons for not referring to legal pragmatism in the work of the German author and the elements of seemingly so dissociated theoretical perspectives are the object of this research. This proposal aims to promote a historical meeting of two theorists with indisputable importance for the philosophy and juridical sociology of the twentieth century.

Keywords: Oliver Wendell Holmes Jr.; Niklas Luhmann; Legal pragmatism; Law as a Social System; History of Law.

Resumo

Oliver W. Holmes Jr. e Niklas Luhmann têm uma proximidade teórica relevante e semelhanças em suas trajetórias de vida. Estabelecer as razões para a não referência ao pragmatismo jurídico na obra do autor alemão e que os elementos de contato aparentemente dissociadas perspectivas teóricas é objeto desta investigação. Esta proposta visa à promoção de um encontro histórico dos dois teóricos com importância indiscutível para a filosofia e para a sociologia jurídica do Século XX.

Palavras chaves: Oliver Wendell Holmes Jr.; Niklas Luhmann; Pragmatismo jurídico; Direito como Sistema Social; História do Direito.

Introducción

La historia del derecho occidental en el siglo XX fue profundamente influenciada por el surgimiento de perspectivas que utilizaron parámetros no normativos para comprender el proceso de una acelerada transformación social. Movimiento social este que, de forma relevante, hizo surgir una perspectiva sociológica aplicada al derecho.

A pesar de que la clasificación doctrinaria proponga que diferentes perspectivas sean clasificadas en corrientes filosóficas, a la luz de un enfoque disociativo y, no raro, agreguen el adjetivo «evolución» a las transformaciones del pensamiento, es posible concebir proximidades de pensamiento en corrientes tradicionalmente tratadas de modo distinto. La investigación de las relaciones de influencia de perspectivas históricamente antecedentes hace posible la identificación y el cuestionamiento de los presupuestos teóricos implícitos y la evaluación de los límites del carácter de innovación de construcciones teóricas consecuentes (Rueda, 2009).

Este estudio pretende promover un encuentro histórico entre dos relevantes pensadores, tradicionalmente concebidos en marcos de tradiciones jurídicas distintas, Oliver Wendell Holmes Jr. y Niklas Luhmann, investigando los elementos que permiten suponer no solo el contacto histórico entre las teorías, sino también la influencia, directa o indirecta, de la obra del jurista americano en el sociólogo del derecho alemán.

Se discurre sobre la proximidad de los aspectos personales que condicionaron el pensamiento de Holmes y Luhmann y sobre la influencia de Holmes para la consolidación de la perspectiva pragmatista en el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos y en la estructuración de la sociología del derecho en los Estados Unidos de América, ya sea por su acción directa, ya sea por la continuidad de su obra por la acción de sucesores.

Del mismo modo, se pretende identificar las razones del hiato existente entre el pragmatismo jurídico de Holmes, con gran importancia en la formación de la identidad de la Universidad de Harvard, y la obra de Luhmann, considerando el contacto directo de este, al inicio de su formación, con las investigaciones producidas, en el ámbito de la sociología del derecho, en la universidad referida. Este enfoque dedicará atención a la figura de Parsons, principal influencia norteamericana en la obra de Luhmann.

Por fin, se pretende evaluar si los elementos históricos y teóricos permiten sustentar si existe o no una influencia relevante del pensamiento de Holmes

en el trabajo teórico de Luhmann, así como identificar, caso se perciban, cuáles son estos elementos.

Este estudio utiliza el método deductivo, con revisión de bibliografía normativa y jurisprudencial, además del análisis de registros históricos, para recuperar conceptos e informaciones indispensables para la elucidación del tema propuesto.

Oliver Wendell Holmes Jr. y Niklas Luhmann: perspectivas innovadoras emergidas de catástrofes humanitarias

Oliver Wendell Holmes Jr. y Niklas Luhmann comparten historias de vida semejantes, no obstante haber consolidado sus personalidades en continentes, culturas y épocas diferentes.

Mientras Oliver Wendell Holmes Jr. luchó en la Guerra de Secesión Americana por el ejército de la Unión (White, 2006), Niklas Luhmann luchó en la Segunda Guerra Mundial para el ejército alemán (Bechmann, 2002). Ambos decidieron cursar Derecho después de dejar los conflictos armados en los cuales participaron: Holmes dejó el ejército de la Unión en 1864 y cursó Derecho en la Universidad de Harvard; Luhmann inició el curso de Derecho en la Universidad de Freiburg en 1946, después de ser libertado por los aliados (había sido piloto de la Luftwaffe en el conflicto).

De modos naturalmente distintos, los conflictos legaron en los dos autores la capacidad de relativizar el derecho positivo, buscando comprender la dinámica de la realidad con sus marcas contingenciales, un producto de la cultura que tiene en el lenguaje su elemento estructurante. El intento natural de clasificar el pensamiento de Holmes y de Luhmann en grupos teóricos diferentes puede alejar los aspectos de complementariedad de las premisas del pragmatismo jurídico y del derecho como sistema social. Aun así, indicativos históricos del contacto de Luhmann con la cultura norteamericana (Pissarra, 2006) hacen posible sustentar la plausibilidad de una relevante influencia de Holmes en premisas decisivas de la teoría de Luhmann.

Luhmann decidió, solamente quince años después de ser libertado, en 1961, dirigirse a la principal universidad del país, que había contribuido decisivamente a la destrucción y posterior reconstrucción de su patria. Holmes fue representante en la cosecha jurídica de un movimiento filosófico característicamente americano, siendo, del mismo modo, no solo el magistrado que más tiempo permaneció en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, sino también

aquel que fue reconocido como el más indagador de su época. Un jurista cuyo trabajo fue continuado en el mismo tribunal por Benjamin Cardozo, que daría sistematización a la jurisprudencia sociológica (Pound, 1921).

Aunque se haga constante referencia a la influencia de Talcott Parson en el trabajo de Luhmann (el científico muchas veces citado por el autor después del viaje de 1961), no es posible dejar de constatar que el Departamento de Relaciones Sociales de la Universidad de Harvard, que acogió al autor alemán, tenía sus bases indiscutiblemente constituidas en el pragmatismo jurídico de Holmes.¹ En los puntos en que Luhmann disocia su pensamiento de Parson se percibe un retorno a presupuestos del pragmatismo jurídico.

Es lógico suponer que, después de lo que habían observado en sus respectivas guerras, Holmes y Luhmann serían pragmáticamente contrarios a pretensiones teóricas que buscasen, estática y necesariamente, definir toda la realidad. En el autor alemán, la tradición de las paredes de la institución (sus marcos teóricos) se hizo sentir tanto como la voz de los oradores de las clases. Existen elementos teóricos e históricos que permiten sustentar que las perspectivas de pensamiento, donde la tradición de la Universidad de Harvard estaba insertada en 1961, tuvieron tanta influencia en la teoría de Luhmann como los aspectos puntuales del pensamiento de Parson (no obstante la importancia de este para el pensamiento sociológico de la época y la innegable influencia de este en el pensamiento de Luhmann) (Domingues, 2008).

El pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.: el cimiento pragmático del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos

El pragmatismo americano no corresponde a un movimiento filosófico lineal y homogéneo, pero es posible afirmar que esta perspectiva está presente en el ideario colectivo, influenciando decisiones del Estado. No es sin razón, por ejemplo, que el Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama (alumno y profesor de la Universidad de Harvard) hizo referencia al término en el pronunciamiento que inauguró su primer mandato, en el 2008. Hacía alusión a una «agenda pragmática», acciones que serían apoyadas por argumentos y evidencias. Ciertamente, una

¹ La gran influencia de Holmes en el contexto de la Universidad de Harvard puede ser percibida no solo por su legado teórico, sino también por el riguroso esfuerzo desplegado para archivar y digitalizar documentos e imágenes relacionados con diversos momentos de la vida del jurista.

palabra para comunicar un elemento que es valorado positivamente por parte considerable de la sociedad americana (Burke, 2013).

Es un consenso la indicación del inicio del pragmatismo en las reuniones realizadas por alumnos de la Universidad de Cambridge, Massachusetts, para la discusión de la filosofía. Oliver Wendell Holmes Jr. era parte del grupo, que también contaba con la participación de Charles Sanders Peirce y Nicholas Saint John Green, entre otros. Tal grupo fue conocido como «El Club Metafísico» (De Waal, 2007).

Oliver Wendell Holmes Jr. no se identificaba como pragmatista. Aun así, es figura destacada en el movimiento que fundó esta corriente filosófica esencialmente norteamericana. El contenido de su obra confirma el gran impacto de los presupuestos teóricos de tal pensamiento. La repercusión de los votos que profirió como ministro del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (de 1902 hasta 1932) y los estudios teóricos que produjo permitieron que se operase un proceso de transición del pragmatismo, como movimiento filosófico, hacia el pragmatismo jurídico (Burton, 2000).

El inicio del movimiento pragmatista americano se caracterizó por la contraposición a nociones filosóficas que valorizaban cuestionamientos abstractos, donde los conceptos propios de las teorías dificultaban el acceso a las razones de la propia discusión. Pretendían, siguiendo en gran medida la tradición empirista de matriz inglesa, tornar más claros los conceptos fundamentales de las discusiones, alejando la concepción de conocimiento intuitivo (de connotación fuertemente cartesiana).

El pragmatismo, en su inicio, se describía como un método para investigación, un instrumento para alejar las incoherencias de las discusiones y de lo que no podía ser suficientemente demostrado. William James (2006) caracteriza bien esta etapa inicial al titular su conocida obra sobre el tema de la siguiente manera: *Pragmatism, a new name for some old ways of thinking*. Solo al final del Siglo XIX este movimiento intelectual pasa a ser descrito como algo más complejo. Ya no más un método que contribuía para que el investigador buscara la verdad, acercar teoría y práctica, sino una perspectiva que permitía comprender las limitaciones y condicionantes lingüísticos de la verdad (De Waal, 2007).

Es, justamente, con esta perspectiva que Holmes enfocó su crítica para elementos formales del derecho. En el mejor ejemplo del espíritu pragmatista, el jurista trajo al debate jurídico aspectos de la realidad que eran casi totalmente ignorados por la doctrina tradicional. Él no niega la importancia de los aspectos

teóricos, pero se cuestiona cuán determinante es el comportamiento de los operadores del derecho y de los destinatarios de las normas para el resultado real de su aplicación (Goodoy, 2006).

Tal vez la realidad de la Guerra de Secesión, donde ninguna de las fuerzas opuestas de la guerra estaba teóricamente preparada para los acontecimientos, haya influenciado a una generación de intelectuales a cuestionar modelos abstractos sin confrontación con aspectos puntuales de la realidad. Esto es lo que transluce de muchas anotaciones y cartas de Holmes en el período de 1861 a 1864 que son mantenidas por la Universidad de Harvard. Especialmente, es perceptible en la inquietud de la carta que Holmes envió desde el frente a su madre el 23/06/1863 y en el fragmento, no dirigido, del 18/04/1863, donde cuestiona la posibilidad de que $1 + 1 = 3$ y $2 \times 2 = 5$ representen afirmaciones verdaderas (Palfrey, 1875-1945).

Holmes describió sintéticamente su participación en la Guerra Civil como «a crusade in the cause of the whole civilized world» (Palfrey, 1875-1945, pp. 54-57). Esta perspectiva lo acompañó en la búsqueda de su construcción teórica, en tiempos de paz, al escribir su primera obra: *Common Law*.

Conforme a Alschuler, Holmes fue el primer jurista en ser ampliamente reconocido y valorado por parte significativa de la población; reverenciado en el ámbito jurídico, como otros íconos americanos en sus respectivas áreas y épocas: Henry Ford, Louis Armstrong, Marilyn Monroe y Babe Ruth (Palfrey, 1875-1945a). Su influencia es tan pronunciada que Bowen llega a afirmar que la historia de vida del autor se confunde con los aspectos centrales del movimiento histórico de los Estados Unidos de América (Palfrey, 1875-1945a).

The *Common Law* y *The Path of the Law* son las dos principales obras de Holmes. En ellas están los elementos centrales del pragmatismo jurídico (o realismo jurídico). Estas obras abren la perspectiva de los juristas para aspectos no normativos de la aplicación de la norma, así como animan a los magistrados a observar y motivar aspectos sociales, económicos y políticos de sus decisiones, ya que concibe estar presentes en cualquier acto decisorio.

Utilizando frecuentemente la metáfora del hombre malo (*bad man*), Holmes se concentra en los pensamientos que mueven las elecciones del ciudadano, buscando explicar las motivaciones, no solo del ser humano convencido por el actuar descrito en la norma, sino también de aquel que la cumple como mejor medida de utilidad. Además de esto, discurre cómo el resultado final de las decisiones jurídicas influye en las elecciones individuales.

Conforme escribió Holmes Jr. (1897) en *Harvard Law Review*, el 25/03/1897, en *The Path of the Law* buena parte de la atención de la realidad jurídica está en el producto de las decisiones judiciales, en el riesgo que se tiene al practicar una conducta que implique enfrentar la fuerza pública que se deriva de las decisiones judiciales:

When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession [...]. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts (pp. 457-478).

Se trata de un punto de proximidad con la construcción teórica de Luhmann sobre el actuar por elección ante las alternativas para el enfrentamiento del riesgo. Este tema será abordado en tópico posterior.

La jurisprudencia sociológica de Benjamin Nathan Cardozo: la consolidación del pensamiento de Oliver Wendell Holmes Jr.

El reconocimiento de Holmes por Benjamin N. Cardozo no podría ser más expresivo, toda vez que lo percibía no solo como un marco de la filosofía del derecho, sino como alguien que se acercó a la perfección en lo que es pertinente a la figura de un jurista. En 1932, el Presidente Herbert Hoover realizó el nombramiento de Cardozo para sustituir a Holmes en el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, con amplio apoyo de la comunidad académica. Compuso, hasta 1938, año de su fallecimiento, al lado de los magistrados Brandeis y Stone una tríada marcada por ideas liberales (Polenberg, 1997).

Tal como Holmes, Cardozo percibió el derecho como realidad social, fenómeno que transcendía los estándares normativos. Como magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos fue responsable de sistematizar y consolidar muchas de las ideas de Holmes, especialmente en lo pertinente a la investigación de los elementos indirectos responsables de la decisión judicial. En la obra *The Nature of Judicial Process*, apunta las verdaderas fuentes que son responsables del proceso decisorio, resaltando los diferentes enfoques que un problema jurídico puede sufrir (Cardozo, 1921).

En *Selected Writings*, Cardozo (1947) parece anticipar la influencia de otros subsistemas sociales ante el derecho, sus coherencias internas y la necesidad del magistrado de evaluar el riesgo de decisiones posibles. Elementos de la obra

pragmatista de Holmes que son ampliados y sistematizados, al punto de que Cardozo sea considerado una de las figuras centrales de la especialización de la teoría pragmatista denominada «jurisprudencia sociológica».

En este sentido, es posible afirmar que el pensamiento de Holmes dio las bases para el estudio de la sociología jurídica en los Estados Unidos de América, influenciando especialmente el pensamiento en la Universidad de Harvard y en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Burton, 2000). Este ambiente influenció a Luhmann en 1960 cuando, a pesar de que buscara una actualización en administración, se inclinó a los estudios sociológicos en la Universidad de Harvard.

Niklas Luhmann en 1960: la inmersión en la sociología jurídica de la Universidad de Harvard

Niklas Luhmann era graduado en Derecho y funcionario cuando, en 1960, viajó a la Universidad de Harvard, en los Estados Unidos, para estudios en el área de Administración. Se trata de un momento muy importante en la vida del autor alemán, ya que es después de este viaje que, paulatinamente, se dirige a la producción científica hasta que, en 1968, obtiene la cátedra en la Universidad de Munster, en Bielefeld (Bechmann; Stehr, 2002).

Generalmente, el mayor factor de influencia en la obra de Luhmann en este período es la construcción teórica de Talcott Parsons, quien presenta un modelo de explicación de la sociedad como sistema. Conforme refiere Luhmann (1987) en su obra *Rechtssoziologie I*, Parsons es producto de una visión teórica que pretende conciliar el pensamiento de Durkheim y el de Weber. En Parsons ya existe una referencia consolidada al derecho como subsistema social, además de que, según su pensamiento, los sistemas eran abiertos. Por lo contrario, para Luhmann, los sistemas, aunque son cognitivamente abiertos, eran cerrados como organización interna, ya que la interacción entre sus elementos internos estaba basada, justamente, en un código selector.

En la obra *The Social System*, Parsons (2005) llega a referirse a la *Philosophy of Pragmatism* como síntesis de estándares de comportamiento, a pesar de que haya sido criticado duramente por no haber hecho referencia en *The Structure of Social Action* al espíritu pionero y metodológico de John Dewey y George Herbert Mead, así como a la contribución teórica de ellos derivada. Parsons no solo habría dejado de considerar en su obra las contribuciones del pragmatismo,

sino que es señalado como parcialmente responsable de la tardanza de la difusión del pragmatismo americano en Europa, no obstante haber incorporado en su obra aspectos de esta teoría (Roberson; Turner, 1991).

¿Cuáles serían las causas de que Parsons utilice en su construcción teórica aspectos importantes del pensamiento pragmatista, sin, no obstante, hacer referencia directa y suficiente del mismo?

En un trabajo titulado *Political Orientation of Talcott Parsons: Theorist of Modernity*, Roland Robertson y Bryan S. Turner sustentan que la omisión de Parsons en lo que se refiere al pragmatismo fue deliberada y, con justificación, susceptible de identificación por el contexto histórico.

Para Harold Jacobs (1969), la perspectiva política de Parsons está influenciada por su «rejection of the classical theory of democracy» por considerar que ella representa una «elitist theory of democracy» (pp. 58-72). Al contrario de lo que los aspectos abstractos de su obra podrían sugerir, existen registros de que Parsons tenía una actividad política concreta, con argumentos que repercutían fuera de los medios académicos. A pesar de que haya sido investigado por el FBI como simpatizante del comunismo, la tesis de que habría actuado a favor del régimen soviético es hoy refutada. Aun así, no se puede ignorar que las sospechas emergidas en el contexto de la era macarthista denotan el grado de crítica a los modelos liberales de matriz norteamericana, donde el pragmatismo filosófico siempre fue un elemento de sustentación (Keen, 1999).

Por tanto, no obstante la profunda influencia de Parsons en la construcción teórica de Luhmann, y la omisión de aquel al referir contribuciones del pragmatismo a su obra, existen elementos que permiten sustentar que el pensamiento de Holmes, síntesis del pragmatismo jurídico, estaban, directa e indirectamente, presentes en los debates sociológicos de la época. Además, esta conclusión es posible con sustentación en el propio argumento desarrollado por la sociología, según el cual la realidad formada por la comunicación se reorganiza constantemente, construyendo sus bases, en gran medida, en lo que pretende refutar.

La teoría del sistema autopoietico de Niklas Luhmann

Como indica Mansilla (2005), «la obra del profesor Luhmann consiste en la elaboración de una superteoría, con pretensiones de universalidad, vale decir, que reclama aplicabilidad para todo fenómeno social» (p. VIII). Por explicar

el conjunto de los fenómenos sociales, se trata de una obra vasta y compleja que en modo alguno podría ser expresada integralmente en este trabajo. Sin embargo, es posible referir que el punto más singular de la obra de Luhmann es su noción de sistema autopoietico.

En muchos puntos de su trabajo, Luhmann recurre a elementos ya contruidos por otros sociólogos, tales como Talcott Parsons, recuperando descripciones de la dinámica social ya conocida por sus contemporáneos. Sin embargo, al caracterizar los sistemas sociales como autopoieticos, Luhmann agrega una perspectiva innovadora en las ciencias sociales, pues el concepto era descrito solo para explicar fenómenos ecológicos. Se debe a Humberto Maturana la definición de autopoiesis. El biólogo chileno pretendía definir los organismos vivos y su capacidad de crear y recrear sus elementos constitutivos (Maturana y Varela, 1991).

No se trata de una mera transposición de una teoría de la biología para las ciencias sociales, «la innovación más importante en la acepción luhmanniana de autopoiesis es el haber subrayado la característica necesaria de evento [...] de los elementos últimos de los sistemas sociales y de los sistemas psíquicos». El evento indica «la cualidad temporal de los elementos del sistema [...], eventos de duración temporal nula [...]». De este modo, por representar un reflejo de la correlación frente al sistema comunicacional, «todo evento puede observarse solamente a partir de la distinción entre antes y después» (Corsi, Esposito y Baraldi, 1996, pp. 34, 75-76).

Los sistemas cerrados operacionalmente se estructuran sobre un esquema lingüístico y su proceso de creación y recreación está basado en la decisión ante los riesgos percibidos:

En lugar de tratar la complejidad sólo como resistencia, sólo como transparencia insuficiente y como obstáculo del decidir racional, ella es, según esta concepción, la condición para que se puedan aparecer los sucesos como decisiones selectivas y para que puedan ser utilizados como elementos para construcciones de sistema. En las situaciones de decisión así estructuralmente impuestas, pueden entonces ser incluidos esquemas de racionalidad. Esto significa entonces, que los elementos por relacionar (decisiones) deben ser a su vez presentados como relaciones, por ejemplo como relación entre medio y fin o incluso como relación (óptima) entre varias relaciones posibles entre medios y fin (Luhmann, 2005, pp. 22-23).

En este punto, aunque no se refiera directamente, la teoría de Luhmann parece aproximarse aún más a los esquemas pragmatistas.

La influencia del pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. en la definición de Niklas Luhmann del derecho como un sistema social

Señaladas las razones de la omisión de Parsons al pragmatismo, principal figura que influenció el pensamiento de Luhmann al inicio de los años 1960, hay que pasar a los aspectos teóricos que permiten relacionar el pensamiento de Oliver Wendell Holmes Jr. con el de Niklas Luhmann. Son, por lo menos, cuatro los aspectos que permiten relacionar las teorías: la realidad comprendida como comunicación, las diferentes verdades derivadas de los contextos sociales, el proceso decisorio basado en la elección y en la evaluación del riesgo y la importancia de los tribunales en los sistemas legales.

La realidad comprendida como comunicación

El pragmatismo, como fue referido anteriormente, se constituyó como búsqueda de la aclaración de las ideas, o sea, la atención a los significados de los términos y su aptitud para construir una comunicación efectiva. Para Holmes, el carácter de transformación del lenguaje justificaba incluso la posibilidad de nuevas interpretaciones de la Constitución, indicando que las nuevas generaciones no pueden ser perjudicadas por interpretaciones legales que no coinciden con los desafíos de fenómenos sociales que antes no podrían ser previstos.

Al proferir voto en el caso *Towne v. Eisner* (245 U.S. 418-1918), Holmes (United States Supreme Court, 1918) apuntaba la posibilidad de múltiples sentidos para una palabra, así como la posibilidad de mutación de los términos en diferentes circunstancias y épocas. Para él «A word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used». Está presente, por tanto, un claro reconocimiento de la perspectiva de comprensión del mundo, principalmente la normativa, a partir de un proceso de mutación de adaptación del lenguaje.

Por su turno, Luhmann tiene en el lenguaje el punto de sustentación de la teoría de los sistemas aplicada a la realidad social; como medio, «se presta a expresar todo pensamiento y a formular toda la comunicación» (Corsi, Esposito y

Baraldi, 1996), haciendo posible la operación de los sistemas psíquicos y sistemas sociales. Este medio hace posible la diferenciación entre sistema y entorno.

Ambos comparten, por tanto, el reconocimiento del lenguaje como elemento transitorio, de adaptación, autoreferencial y, especialmente, impreciso. Aun así, también reconocen que el lenguaje es el instrumento que hace posible la comprensión de aspectos del comportamiento que van más allá de lo que el mismo pretende, expresamente, comunicar.

Las diferentes verdades derivadas de los contextos sociales

Al proferir la afirmación de que el derecho ha sido más experiencia que lógica, en *The common law*, Holmes llama la atención hacia la inexistencia de un panorama lógico, único y lineal para explicar la realidad social, pero defiende la posibilidad de la construcción de significado fuera de los límites de lo que tradicionalmente se comprendía como jurídico.

Luhmann (1987), de forma mucho mejor estructurada, formula una comprensión de la complejidad social compatible con lo que sugiere Holmes, considerando comprender que el sistema está dotado de subsistemas que acompañan la progresiva complejidad social con códigos propios, de modo que un fenómeno podría tener repercusiones diversas conforme los códigos empleados. En este proceso de cierre no se pretendía la verdad, sino diferentes contextos de validez.

Para ambos, la verdad no sería, pues, una propiedad del objeto, como comprendían los teóricos de base aristotélica. Tampoco un fenómeno deducido solamente de la psiquis del individuo. La verdad es un instrumento de diferenciación entre lo verdadero y lo no verdadero, según contextos distintos de sustentación lingüística.

El proceso decisorio basado en la elección y en la evaluación del riesgo

Como fue antes referido, al discurrir sobre la acción humana en *The Path of the Law*, Holmes Jr. (1897) describe, en lo que se refiere al comportamiento humano, una acción dirigida a la medición de riesgos, a la percepción de alternativas, ante contextos dotados de un grado considerable de incertidumbre:

People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves,

and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared (pp. 457-478).

Refiere Holmes que el papel del abogado era buscar la mitigación de estos riesgos, anteviendo lo que sería considerado, al final, norma jurídica aplicable. No le importaba una realidad objetiva, ni apuntaba el derecho como la norma proveniente del parlamento, pero respaldaba la búsqueda de lo que era o no derecho. Su metáfora del *bad man* ilustraba esta perspectiva. Qué podría o no ser considerado, en un proceso de constante y rápida mutación social, compatible con este código de diferenciación.

Al evaluar el proceso decisorio humano, Luhmann se aleja de la clásica relación que se hace entre reflexión y acción, para aseverar que la elección entre alternativas siempre está presente en cualquier proceso decisorio. Una vez realizado, el acto se torna contingencia e historia, convirtiéndose lo que era incertidumbre en riesgo. La mayor posibilidad de elección entre alternativas eleva la complejidad, la selectividad, la asociación de los elementos y, por tanto, los riesgos (Luhmann, 2005).

La importancia de los tribunales en los sistemas legales

El derecho, para Luhmann (2004), es un subsistema funcionalmente diferenciado, característico de la sociedad moderna, que tiene como objetivo la estabilidad de las expectativas. Su código es informado por la diferenciación entre lo que es legal y lo que es ilegal (Schwartz, 2005).

Los tribunales tienen gran importancia en el proceso de tornar el derecho claro y evidente, estabilizando su contenido interno por la confrontación del caso concreto con su contenido lingüístico. Proceso que permite, incluso, evaluar si es necesario crear una nueva regla formal. Se trata de un modo de mitigar conflictos de comunicación, reduciendo las paradojas de su proceso y diferenciando auto-referencia de hetero-referencia (Corsi, Esposito y Baraldi, 1996).

Destaca el autor alemán, en *Law as a Social System*, que, a pesar de que la actividad de los abogados sea pauta en argumentación, estos subestiman la importancia de la argumentación y de la interpretación, considerando estar insertados en una observación de segundo orden (observador que observa la observación, sin coincidir con ella) (Corsi, Esposito y Baraldi, 1996). Sustenta la función central de la definición del código legal-ilegal operada por los tribunales,

mientras parlamento, abogados y clientes compondrían la periferia del subsistema derecho (Luhmann, 2004).

Esta percepción es absolutamente compatible con la percepción de Holmes, que varias veces resalta en su trabajo el papel destacado de los tribunales en la definición del derecho. Al utilizar su metáfora del *bad man* subraya esta percepción, al expresar que, más que un conjunto lógico de normas, el actuar del individuo es influenciado por evaluaciones acerca de alternativas y riesgo de ser alcanzado por las consecuencias de la aplicación de la norma.

Consideraciones finales

Se podría concluir de este estudio que existen tres especies de proximidades históricas entre las figuras de Oliver Wendell Holmes Jr. y Niklas Luhmann que explican la cercanía de su pensamiento, no obstante la completa omisión de este en las referencias de aquel: proximidad de experiencias de vida, proximidad de Niklas Luhmann a un marco teórico influenciado por el pensamiento pragmático americano y la proximidad de importantes elementos en las obras de ambos.

El contexto de la posguerra volvió la atención de Holmes y Luhmann para perspectivas filosóficas que rechazaban verdades absolutas o predeterminadas, haciendo que fuesen decisivamente afectados por una interpretación de la realidad con énfasis en el lenguaje. Incluso, con inicio de sus formaciones en el derecho, buscan concentrar esfuerzos en la comprensión de aspectos no normativos que influyen la aplicación de la norma. Además de esto, en ambos casos, los esfuerzos teóricos de los autores sirvieron de referencial objetivo para la comprensión de elementos de una realidad que defendían ser fluida y en mutación.

El viaje de Luhmann a los Estados Unidos de América y el contacto con la obra de Parsons establecen un elemento de conexión histórico suficientemente documentado entre el autor alemán y la tradición de la Universidad de Harvard: institución profundamente influenciada por el pragmatismo jurídico de Holmes. Holmes, como miembro del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, no solo fue considerado uno de los juristas más innovadores de su época y quien por más tiempo estuvo en el ejercicio del cargo, sino además un elemento de importante influencia en la construcción histórica de la identidad del tribunal y de la propia sociología del derecho. Una continuidad en gran parte debida a la propagación de su pensamiento por sus sucesores.

Razones teóricas y políticas explican que Parsons omitiera las referencias a elementos pragmatistas en su trabajo, a pesar de que los haya incorporado, considerando la crítica que él mismo hacía a perspectivas filosóficas que entendía como legitimadoras de un modelo democrático elitista. Omisión que tiene influencia, consciente o inconsciente, en las justificaciones teóricas de Luhmann.

En el ámbito teórico, es posible apuntar por lo menos cuatro elementos de proximidad entre las obras de los dos autores: la realidad comprendida como comunicación, las diferentes verdades derivadas de los contextos sociales, el proceso decisorio basado en la elección y en la evaluación del riesgo y la importancia de los tribunales en los sistemas legales.

Aunque Holmes Jr. no tenga una teoría general sobre la sociedad, con su postura pragmática rompió con las comprensiones metafísicas del mundo y ayudó a elaborar una teoría acerca de la verdad. El autor pretende conocer la realidad desde la perspectiva del lenguaje. Luhmann, con una teoría consecuente y compartiendo esa perspectiva, fue más allá de esa herencia teórica, clasificando la dinámica social como autopoiética. Sin embargo, aunque innovadora, la teoría de Luhmann en mucho se aproxima a los enunciados pragmáticos al intentar explicar los fenómenos racionales internos al proceso decisorio de los individuos.

En síntesis, los dos autores creían en una realidad no objetiva, limitada y condicionada por el lenguaje, que permitía extraer elementos de validez en diferentes contextos sociales. Tanto Holmes como Luhmann percibían que la estimación y la búsqueda de la minimización del riesgo permitían explicar el comportamiento humano con respecto a la norma y que los tribunales, por representar un papel de estabilización conceptual, desempeñaban una función central en el derecho. Del mismo modo, contribuyeron para la ampliación de las perspectivas jurídicas, pues intentaron explicar el derecho como proceso social complejo, que, decididamente, no solo es afectado por el proceso lógico de organización normativa.

Bibliografía

Alschuler, A. W. (2000). *Law without values*. Chicago: Chicago University Press.

Bechmann, G. y Stehr, N. (2002). The Legacy of Niklas Luhmann. *Society*, 39, (2), 67-75. Recuperado de https://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_02.pdf

Bowen, C. D. (1944). *Yankee from Olympus*. Boston: Little Brown.

- Burke, F. T. (2013). *What pragmatism was?* Bloomington: Indiana University Press.
- Burton, S. J. (2002). *The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* New York: Cambridge University Press.
- Cardozo, B. N. (1921). *The Nature of Judicial Process.* New Haven: Yale University Press.
- Cardozo, B. N. (1947). *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo.* New York: Fallon Law Book Company.
- Corsi, G., Esposito, E., y Baraldi, C. (1996). *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann.* Barcelona: Anthropos.
- De Waal, C. (2007). *Sobre o pragmatismo.* Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola.
- Domingues, J. M. (2008). *Sociologia de Talcott Parsons* (2a ed.). São Paulo: Annablume.
- United States of America. (1918). Supreme Court. United States Supreme Court. In an action to recover back money collected and retained by the government, over plaintiff's protest, as a tax on income under the Income Tax Law of 1913, plaintiff alleged that that upon which the tax was levied, a stock dividend based on accumulated profits, was not «income» within the true intent of the statute, and that, if the statute so intended, it was so far unconstitutional because, in the Sixteenth Amendment, upon which its validity depended, the term «income» could not be construed to embrace such dividends. Held that there was thus presented not merely a question whether the statute had been wrongly understood and applied, but also a question of the scope of the Amendment, which afforded jurisdiction to review both questions by direct writ of error to the district court. *Towne e Eisner*, 245 U.S. 418, 1918. *Justia*. Recuperado el 20 de noviembre de 2016 de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/245/418/case.html>.
- Goodoy, A. S. de M. (2006) O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *Revista de informação legislativa*, 43, (171), 91-105. Recuperado de: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf?sequence=1>

- Holmes Jr., O. W. (1897). Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10, (8), 457-478.
- Jacobs, H. (1969). Aspects of the political sociology of Talcott Parsons. *Berkeley Journal of Sociology*, 14, 58-72. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/41035146>.
- James, W. (2006). *Pragmatismo* (Jorge da Silva, trad.). São Paulo: Martin Claret.
- Luhmann, N. (1987). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Berlin: Akademie-Verlag.
- Luhmann, N. (1987). *Rechtssoziologie I*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a Social System* (Klaus A. Ziegert, Trad.). New York, Oxford University Press.
- Luhmann, N. (2005). *Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos.
- Marsilla, D. R. (2005). Nota a la version en español. En Luhmann, N. *Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos.
- Maturana, H. y Varela, F. (1991). *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*. Boston Studies in the Philosophy of Science. Paperback.
- Keen. M. F. (1999). *Stalking the sociological imagination J. Edgar Hoover´s FBI Surveillance of American Sociology*. Westport: Greenwood Press.
- Parsons, T. (2005). *The Social System*. London: Taylor & Francis.
- Pissarra, J. (2006). Apresentação. En Luhmann, N. *A impossibilidade da comunicação* (4.ª ed.). Lisboa: Veja.
- Polenberg, R. (1997). *The World of Benjamin Cardozo: Personal Values and the Judicial Process*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Pound, R. (1921). *Lo Spirito dela Common Law*. Francetown: Marshall Jones Company.
- Roberson, R., y Turner, B. S. (1991). Political Orientation of Talcott Parsons. En Roberson, R., y Turner, B. S. (Eds.). *Talcott Parsons: theorist of modernity*. New York: SAGE.
- Rueda, L. S. (2009). *Movimentos filosóficos actuales* (3.ª ed.). Madrid: Trotta.

The John G. Palfrey (1875-1945). Collection of Oliver Wendell Holmes Jr. Papers, 1715-1938. Family and Personal Material, Civil War: Box 56, Folder 8, Civil War letters, OWH to parents, 1861-1864. Letter, to mother, June 23. Recuperados de: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HLS.LIBR:8596255?n=52>.

The John G. Palfrey (1875-1945a). Collection of Oliver Wendell Holmes Jr. Papers, 1715-1938. Family and Personal Material, Civil War: Box 56, Folder 8, Civil War letters, OWH to parents, 1861-1864. Letter, not addressed, April 18, 1864. Recuperados de: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HLS.LIBR:8596255?n=56>.

Schwartz, G. (2005). A fase pré-autopoiética do sistemismo Luhmanniano. En Rocha, L. S., Schwartz, G. y Clam, J. *Introdução à teoria dos sistemas autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

White, G. E. (2006). *Oliver Wendell Holmes Jr.* New York: Oxford University Press.